

# 从“边角料”到“救国良方”

## ——“宪法”诞生及其实用主义倾向

赵小波

(清华大学法学院, 北京 100072)

**摘要:** 19世纪前期法学意义上的 Constitution 伴随传教士的脚步来到中国, 在长达半个世纪的“漂泊”中为汉语世界沉淀下丰厚的知识储备。统治集团和智识群体最初均视其如敝履, 后外患日窘, 专制体制和传统文化之弊病暴露无遗, 智识群体逐渐认同民主政制, 康有为等亦在儒学中为个人权利开辟出生存空间, 显示出制度移植、价值观融汇的趋向。甲午战后, 日本的“宪法”一词在为近代国人补充上“根本法”观念的同时, 也使他们放弃了重塑意识形态的尝试转而致力于制度建构; 满清权贵亦从日本明治经验中获取了以“立宪”维系自身特权地位的策略启迪。

**关键词:** Constitution; 宪法; 基本权利; 康有为; 立宪

**中图分类号:** DFO

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-6128 (2014) 01-0126-10

众口一词, 称现代意义的“宪法”是“舶来品”, 译自 constitution。从“constitution”到“宪法”表面看来就是简单的名词翻译, 我们是在移植, 在模仿, 但我们却从未深入细腻地审查“constitution”与“宪法”相遇、相知、相合的历史过程, 也从未认真探究宪法概念出现、内涵演变的具体情境。或许是因为不屑一顾, 就像我们不屑于反驳康有为的“孔子改制立宪法”论, 不屑于关注汤寿潜、刘师培的“宪法古已有之”论一样, 不知不觉中自我抽空了中国宪法学的历史底蕴。对此, 我们也许有必要从源头进行考察。

### 一、Constitution 在中国的“相亲”旅程

Constitution 不是一个可以轻松界定的概念, 作为外部观察者, 无论我们沿循欧陆法系以“政府架构”、“国家秩序”或“政治秩序”进行解读的实证主义路径, 还是秉持英美法系以基本人权保障为目的的经验主义立场, 目前能够做到的就是勾勒出它的大致轮廓: 以“人之为人”应当享有的基本(自然)权利为逻辑起点构筑国家政治秩序, 在规范法秩序视角赋予其“根本法”定位。也只有解析成“魂”(基本权利保障)、“骨”(民主政治结构)、“皮”(最高法、根本法)“三位一体”顺次推理的内涵构造, 才可以审视 constitution 引入、流传, 经过艰苦跋涉最终变异为“宪法”的内在理路。

如果把 constitution 漂洋过海来到中国、寻觅恰当词汇表达自身比喻为另一种形式的“相亲”, 则不得不说“一见钟情”只能是想象, 它需要不断地“调整”自己并在众多的“相亲对象”间来回奔波。本文通过列举部分曾经被用来与 constitution “配对”的词汇来梳理这个过程。第一, “元气”:

收稿日期: 2013-10-20

作者简介: 赵小波 (1980-), 男, 河南安阳人, 清华大学法学院博士生。

英国传教士马礼逊 1822 年出版的《华英字典》，梁启超作《立宪法议》时仍然坚持使用，“西语原字为 the constitution，译意犹言元气也。”第二，“定例”：1837 年《东西洋考每月统记传》“西班牙国，既然庶民被窘迫，甚好自主之理，再先设定例。”<sup>[1]274</sup>此处的“定例”就是指西班牙 1837 年宪法。第三，“国法”：裨治文 (Eligah Coleman Bridgman，亦作高里文) 1838 年《美理哥合省国志略》：“时国泰民安，必须立首领，设国法。”<sup>[2]40,42,55</sup>其后大致介绍了美国费城制宪会议，他所称“国法”应该就是 constitution；在丁韪良译《万国公法》(1864 年) 中成为固定用语；1897 年罗布存德的《新增华英字典》区分 constitution 为“国政”和“国法”。第四，“章程”：1874 年《万国公报》载有署名林乐知 (Young John Allen) 的《译民主国与各国章程及公议堂解》一文，其所称“章程”即是 constitution，“第以众民之权付之一人，为其欲有益于民间，而不致有叛逆之事与苛政之行，此之谓章程也。”<sup>[3]389-391</sup>第五，“开国之律”、“创国律”：时任驻美钦差大臣的崔国因 1891 年在日记中写道“美国开国之律由华盛顿订定”，1897 年出使美国的张荫桓以长达万言的篇幅录下美国宪法的中文翻译，称“美国为民主之国，应译其创国律备览。”<sup>[4]284-287,331</sup>第六，“宪法”：王韬、郑观应、康有为、梁启超都有使用，下文详述。此外还有“大法”、“大典”、“宪体”、“国体”等。

自 1822 年马礼逊将 constitution 翻译为“元气”开始直至维新运动，constitution 始终没有在汉语世界中寻找到固定的对译词汇，历经长达半个多世纪的漂泊才借助于“宪法”这个来自日本的“原语汉字借词”<sup>①</sup>得以“栖身”，这本身就是一个值得我们深思的历史想象。此种史实，一方面清晰地显示出传统知识谱系不足以容纳 constitution 完整意蕴的实际困难。单凭上述梳理推出这个结论可能略显单薄，再举一例，《海国图志》、《瀛环志略》、《海国四说》“美国部分”主要取材于裨治文的《美理哥合省国志略》，<sup>[5]65-84</sup>裨书“国法”、“国例”、“府例”、“刑法”均有使用，如果用现代的眼光看，即“宪法”“联邦法律”、“州法律”以及部门法区分，准确介绍了美国的法律制度，但对于魏源等人来说则无法理解，所以他们毫无例外地舍弃了这一部分。另一方面，constitution 从夹杂在西方史地政制当中被拆解成碎片，零星地传入，到 19 世纪六七十年逐渐被凝练为“魂、骨、皮”兼备的“国法”、“章程”，则说明 1900 年之前中国已经为“根本法”观念的孕育积累了足够的知识储备，具体而言就是下述三个方面：

“骨”是指相对合理的政治制度设置。这是早期观察西方时最容易体察的领域，《海国图志》、《瀛环志略》就介绍了英美的议会、选举制度，第二次鸦片战争后出使欧美的斌椿、志刚、郭嵩焘、马建忠、徐建寅、薛福成等无不震惊于议院、选举、三权分立等政治制度设计的精巧、优良，纷纷在笔记、日记、书信中着力宣扬。19 世纪 70、80 年代，民间和统治集团内部都出现了“设议院”的呼声。冯桂芬的《校邠庐抗议》和郑观应的《易言》倡言仿行西政，崔国因、张树声分别于 1883 年、1884 年上书请求设立议院，在上书中崔国因明确提出“设议院者，所以因势利导，而为自强之关键也。”<sup>②</sup>到 1890 年前后，王韬、郑观应、陈炽、汤震、陈虬等已经能够结合国情设计出更为具体的议院及其选举方案。可见设议院以救治传统政治体制弊病的主张在当时已经得到相当一部分人的认同，戊戌时期维新派更是以开议院为核心推出各种变法措施，制度移植的趋向非常明显。

“皮”是指根本法观念及不可或缺的法治理念和西方法学体系。此方面较为复杂，似乎不受重视，《万国公法》、《佐治刍言》(1885 年)、《德国议院章程》(1882 年)、《法国律例》、《万国公报》等有所传递，从梁启超在《变法通议》中使用“国律、民律、商律、刑律”和张之洞在《劝学篇》中使用“官律、兵律、工律、商律”来看，至少已经形成了不同与传统律学的部门法认知。重要的是根本法观念，丁韪良在《万国公法》中特意强调“所谓国法者，即言其国系君主之、系民主之、

①意大利学者马西尼语，意为“宪法”见于早期的汉语书籍，现代意义是在日本引申出来的。参见〔意〕马西尼：《现代汉语词汇的形成：十九世纪汉语外来词研究》，黄河清译，汉语大词典出版社 1997 年版，第 154、252 页。

②崔国因：《奏为国体不立后患方深请鉴前车速筹布置恭折》，转引自熊月之：《中国近代民主思想史》，上海社会科学院出版社 2002 年版，第 134 页。

并君权之有限、无限者，非同寻常之律法也。”<sup>①</sup>显示当时尚不具备“根本法”观念。从作者目前所收集到的资料来看，很难认为1895年之前本土智识阶层形成了“制定一部根本大法规范政治秩序”的认知，应该可以确定是甲午战后由日本传入的明治经验提供了这种启示。孙宝瑄就向我们揭示了戊戌维新时期思想转变的情形，他在戊戌政变后的日记中写道：余当甲午（1894）乙未（1895）之交，始谈变法，初则注意于学堂报馆，继则主张民权，以为非先设议院，许公举则一切法不可变，变之徒滋扰。卒又偏于民权之不能无弊也，遂主持立宪政体，纳君权民权于法之中，而君民共治。<sup>[6]85</sup>

“魂”是指相对独立的个人价值的确立。Freedom/Liberty、(Human) Right 在中文中的最初形态是“自主”、“自主之(理)权”，<sup>②</sup>在《美理哥合省国志略》、《东西洋考每月统记传》、《佐治刍言》、《万国公报》中可以找到大量从“人之为人”起始，论证“人人自主之权”为正当的天赋人权思想，如“天下之人皆同此心，心同此理。上帝生民，大小同体……”<sup>[2]40</sup>“天既赋人以生命，又必赋人以材力，使其能求衣食以自保其生命。……(人)各有身体，必各能自主，而不必稍让于人。”<sup>[7]6</sup>“按泰西各国所行诸大端，其中最关紧要而而不拔之基者，其治国之权属之于民，仍必出之于民，而究为民间所设也。推原其故，缘均是人也。”<sup>[3]389</sup>康有为1885年左右的《实理公法全书》、谭嗣同的《仁学》，以及梁启超、汪康年等提倡的“人人自主之权”、“民权”部分渊源于此，如梁启超对“人人有自主之权”的界定，“各尽其所当为之事，各得其所应有之利”<sup>[8]</sup>就明显借鉴于《佐治刍言》。如果说议会、选举和法学的引入尚可因其“技术”色彩相对浓郁而不致引发激烈抵制，“自主之权”、“民权”的提出则意味着两种异质文化的核心价值取向“短兵相接”，后果就是“血肉横飞”。无论维新派如何用华丽的语言遮掩，保守派都敏锐地洞察到它们对纲常名教的颠覆性冲击，由此引发了激烈争论并影响深远。

## 二、汇通中西的维新“民权”

伴随“西学东渐”进入中国的天赋人权观念最初的影响是激活了传统文化中一直隐而未发的民本思想。<sup>③</sup>当然，也可以用另一种更为宏观的解释，即日益窘迫的外部危机促使有识之士开始结合西方经验推动内部资源整合，以应对民族国家竞争的现实需要。他们的目光投注到长期被等级秩序束缚的“民”，试图通过能够激发民力的“议院”实现“上下一体，君民共治，国富民强”。郑观应的《易言》和《盛世危言》、王韬的《重民》、汤震（寿潜）的《危言》等就是其代表作，这种改革思路没有从根本上改变“君/上一民/下”政治、文化主体结构，是“主民”政治而不是民主政治，<sup>[9]</sup>但它的进步意义在于，“三代之治”、“三代之法”、“民为邦本”的真正旨趣，意在批驳秦汉以降的君主专制和意识形态领域的“三纲”，尤其侧重于批判“君为臣纲”的信条，依此延展开来进一步深入到更为核心的对“人”的哲理思考时，就构成了对普世王权政治秩序和儒家正统意识形态的致命威胁，这就是宋恕、康有为、谭嗣同的探索。

康有为的《实理公法全书》，以几何公理为类比，论证人人有自主之权，推演理想中的社会组织秩序，用天赋人权理论彻底推翻了儒家正统的“三纲”。康的论证逻辑非常接近西方自然法思想，从“人各分原质以为人”这个客观自然存在肯定“人有自主之权”，然后以之推导夫妇、父母子女、师弟、君臣、长幼、朋友种种社会关系，否定“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”的正当性，主张自

<sup>①</sup>具体参见丁韪良：《万国公法》，中国政法大学出版社2003年版，第70页。比照英文原文，“国法”即 constitution，而“内公法”……不如称之为国法”，及上引文为英文原文所无，是丁韪良的“私货”。参见 Henry Wheaton, *Elements of International Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., 2002.

<sup>②</sup>马礼逊对 freedom 的解释是“principles of self rule”，翻译为自主之理。参见马礼逊：《华英字典》，大象出版社2008年版，第181页；并被《东西洋考每月统记传》沿用。《佐治刍言》中的“自主”、“自主之权”比较英文原文多为“Right”和“Human Right”。

由平等的社会关系和民主政治制度。<sup>①</sup>直接颠覆儒家正统意识形态的是，与五四之后动辄援引西方不同，康有为选择了洛克式道路，<sup>②</sup>搬出孔子，称“大同之道”，即平等、自由、民主是孔子隐于《春秋》之中，儒门内部“口传”的“微言”；这才是孔子真意，数千年来被奉为经典的古文经是为王莽篡位张目的伪经；从而在理论上彻底冲垮了占据主流的宋明理学。自称康门弟子的谭嗣同，如众周知，猛烈抨击纲常名教，号召冲破一切网罗，《仁学》一书被称之为“十九世纪末东方的人权宣言书”，<sup>[10]143</sup>然而考其思想大端，与康有为的观点并无差异，无怪乎梁启超在《谭嗣同传》中说“衍绎南海之宗旨，成仁学一书。”钱穆先生也认为“仁学者实无异于大同书也。……长素之书玄言之，而复生之书笃言之。其实一也。”<sup>[11]676</sup>从康、谭的思想来看，可以说隐藏在戊戌变法温和改良面纱下的是一个可能如火山喷发般全面涤荡固有传统的猛兽，张灏称戊戌变法为“一个划时代的运动”是有道理的。<sup>[12]153</sup>

尽管《实理公法全书》始终不曾刊刻，《仁学》也是在维新党人流亡日本后现世，但是在戊戌维新时期（1895—1898），梁启超、谭嗣同、唐才常、汪康年等已经高举“人人自主之权”和“民权”的大旗向专制体制和正统意识形态发出挑战。从这些浮出水面的“民权”话语中，既可以看到西学的痕迹，也可以看到康有为重新解读儒家经典的成果，例如梁启超在从《佐治刍言》吸取养分的同时，也宣称《春秋》的“大同”，《礼记》、《孟子》的民本思想均是倡导民权；何启、胡礼垣同样是以重释后的“五伦”批判“三纲”，认为“人人自主之权”是“孔孟大道”，否定了张之洞在《劝学篇》中提出的观点。归结到一点，即是康有为融汇东西，肯定人的相对独立价值，以此为基点展开维新派的政治主张，自上而下言之，“全国之民皆失自主之权，无相为之心，上下隔绝”，故为今之计“唯曰复民权”，<sup>[13]</sup>恢复儒家真意所肯认的人人固有的自主之权；自下而上就动员士绅阶层而言则为“兴民权”，“国人各行其固有之权”，<sup>[8]</sup>倡导人人自主，“开议院”的政治指向就是汇聚自主之权为“民权”平衡专制的肆意。这就出现了一个完整的正当性链条：议院——民权——人人自主之权——人之为人，这是与美国独立战争和法国大革命极为近似的论证逻辑。此处纷繁复杂，论者颇多，需专文详议。

由此而产生的疑问是，西学和重释后的儒家经典所共同提供的人权养分是否注入到了已经被引入的“根本法”肌体之中，实现 constitution 的中国化重构；如果没有，原因何在？这就需要严密考证“宪法”一词的出现及其内涵予以揭示。

### 三、“宪法”第一人之争

我们很容易混淆 constitutionalism 与清末的“立宪”概念，很多学者就将鸦片战争后魏源、徐继畲等对西方自由民主制度的介绍、推崇归之于“立宪”思想的萌芽，将郑观应、陈炽、汤震等人“开议院”的主张称之为明确的立宪思想，<sup>③</sup>这就使我们产生很多不必要的迷惑，因为沿循魏源、郭嵩焘、郑观应诸人的思想脉络同样可以追溯到王夫之、顾炎武和黄宗羲，甚至孟子的“民本思想”，牵扯过于遥远。实际上清末时人们所说的“立宪”是“立宪法”的简称，严复就明确说“宪即是法”，

①康有为说：“民之立君者，以为己之保卫者也。盖又如两人有相交之事，而另觅一人以作中保也。故凡民皆臣，而一命之士以上，皆可统称为君。”参见姜义华、张荣华编：《康有为全集》（第一集），中国人民大学出版社2009年版，第152页。显然，康氏将孔子的“君君，臣臣”重新解读为类似于领导与下属的关系，剥夺了君权的神圣性。

②洛克在《政府论》中为否定“君权神授”观念，论证人的不可让于、不可剥夺的自然权利，援引《圣经》长篇大论“亚当的主权”、“亚当的长子”等问题，“以彼之矛攻彼之盾”，康有为的《新学伪经考》、《孔子改制考》在价值取向和策略选择上与其相似。

③参见韩大元主编：《中国宪法学说史研究》（上），中国人民大学出版社2007年版，第326—352页；熊月之：《中国近代民主思想史》，上海社会科学院出版社2002年版，第74—88、128—138、150页，以及其他有关“中国宪法史”、“中国宪政史”的著述均是此种论调。

“立宪……质而解之，即同立法”，只不过此法是“别有所指”。<sup>①</sup>从法学的角度看，欠缺法治意识的“兴民权”、“开议院”主张即便用 constitutionalism 标准看也只能称为自由民主思想，而不是立宪主义，因为民主的制度化、规范化以“根本法”观念为必备。

学界普遍认为是郑观应首次使用现代意义的“宪法”一词，认为他在1894年刊刻的《盛世危言》中已经提出“立宪法”、实行立宪政治的主张，此说不确。张晋藩先生指出，郑观应在《盛世危言后编·自序》中提出的“宪法乃国家之基础”、“宪法不行专制严”等观点表达了制定宪法作为国家根本法的思想，<sup>②</sup>解读固然无误，却没有意识到该“自序”并非出于19世纪中后期，而是写成于1908年，1921年才正式出版。<sup>③</sup>金观涛、刘青峰利用“中国近现代思想史专业数据库”发现1895年之前在根本法意义上使用“宪法”一词的著述只有《盛世危言》，即“自强论”一篇中“查日本宪法”、“篇中拟立宪法”等语，<sup>[14]515</sup>资料收集可谓详尽，却出人意料地忽略了“自强论”篇并非1894年五卷本和1895年十四卷本固有，而是郑观应1900年修订（即八卷本）时新增。<sup>④</sup>因此，使用“宪法”“第一人”的桂冠几乎可以肯定不应该属于郑观应。

在清末众多“跨语际实践者”中，第一个明确使用规范意义上“宪法”概念、清晰表达立宪思想的中国人是王韬。张晋藩和王德志均称王韬1870年撰写的《法国志略》提到法国1791年“立一定宪法布行国中”，<sup>⑤</sup>这种说法不准确。1870年，王韬自欧洲游历归来在香港《华字日报》以连载形式发表的是《普法战纪》，该书尽管涉及到普、法两国政制异同和法国大革命，却没有体现出任何“立宪”意思。同年，时任江苏巡抚的丁日昌将其编译的《地球图说》送王韬审定，王韬“为之甄削繁要，增损改制”，命名为《法国图说》，19世纪70、80年代游历日本期间改名为《法国志略》，目前可以见到的版本是1890年二十四卷本即《重订法国志略》。<sup>⑥</sup>该书确实介绍到法国大革命期间颁布的“新法”即法国1791年 constitution，称“立一定宪法布行国中”、“据新法而行宪政”。<sup>⑦</sup>值得注意的是，王韬以“不得以贵贱异国律，以门地（原文如此）限仕进，以苛虐阻教法贸易工匠；法律、租税一以民会公议定之；听讼置陪审；……”概括法国1791年“新法”的内容；在评论法国大革命时，王韬写道“君之所以不敢挟其威虐其民者，以国宪限其权也；国民之所以不敢负其力凌其君者，以国宪定其分也。……故欲其国之永安久治以制国宪定君民权限为第一义也。”第一次建立起宪法与 constitution 之间的对等关系，且名实具备，称王韬为“第一人”实至名归。

然而可惜的是，虽然王韬曾因《普法战纪》获得李鸿章的推崇，影响远及日本，后人评价很高，胡适就说“若王韬也是日本统治阶层中的一员，他很可能就是一个伊藤，一个大久保，一个大隈，或者至少也是一个西乡。”但就当时的史实而言，“王韬到死都只是一个写写社论的作家”。<sup>[15]160</sup>美国学者柯文认为王韬属于“沿岸或沿海的亚文化”群体，他所提出的变革思想经康有为之手才实现合法性论证。<sup>[16]</sup>换句话说，处于文化、政治边缘地带的王韬尽管已经形成了相对完整的立宪思想，却没

①严复认为“宪即是法，二字连用，于辞为赘”，参见严复：《宪法大义》，载《严复集》（第2册），中华书局1986年版，第238页。

②参见张晋藩：《中国宪法史》，吉林人民出版社2004年版，第25页。另外，“宪法不行专制严”等语事实上不是出自《盛世危言》而是郑观应的《罗浮待鹤山房诗集》（1909年版）。

③参见夏东元编：《郑观应集》（下册），上海人民出版社1988年版，“编辑说明”第1页；另见费成康：《〈盛世危言〉版本考》，《岭南文史》2002年第3期。

④参见郑观应：《盛世危言》，陈志良选注，辽宁人民出版社1994年版，第74页；另见夏东元编：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1984年版，第338页。

⑤参见张晋藩：《中国宪法史》，吉林人民出版社2004年版，第25页；王德志：《宪法概念在中国的起源》，山东人民出版社2005年版，第81页。

⑥参见[清]王韬：《〈法国图说〉序》，载王韬编《菉园文集外编》，上海书店出版社2002年版，第188、189页；张海林：《王韬评传》，南京大学出版社1994年版，第130-131页。

⑦[清]王韬：《重订法国志略》（第三、四卷），内有“光绪庚寅仲春崑崙庐刊”字样，可知是1890年自行出版，以下所引均出自该书。

有能力将其扩散出去，他所提出的“宪法”、“宪政”概念也就没有实现在汉语世界中的常识化、本质化。完成这项使命的是康有为和梁启超。实际上，王韬也只是在《重订法国志略》中使用了“宪法”一次，并且极有可能是沿用自日本学者冈千仞的《法兰西志》或冈本监辅的《万国史记》。<sup>①</sup>

真正将近代意蕴的“宪法”一词带入中国主流话语范畴并实现其常识化的是康有为和梁启超，可能为他们起到一定先导作用的是黄遵宪、郑观应等。黄遵宪在《日本杂事诗》和《日本国志》中使用了“宪法”、“宪政”、“立宪”诸名词，尤以《日本国志》影响巨大，但稍微留意就可以发现，黄遵宪《日本国志》所记述的“至推古乃作宪法”、“始作宪法十七条”是指公元604年日本的“圣德太子宪法”，并非指日本明治维新后对译 constitution 的日语汉字“宪法”，与稍后康有为所使用的概念不可相提并论。《日本变政考》（1898年）、《日本书目志》（1897年成书）、《上清帝第五书》、《上清帝第六书》（存疑）等康有为戊戌政变前的著述中开始成系统地使用“宪法”，且置其于变法宏图的中心。其中，1898年由上海大同译书局刊刻，并与《日本变政考》等书“进呈”光绪“御览”的《日本书目志》，已经将“宪法”与刑法、民法、商法等普通法律明确区分开来，系统性引入了西方法学体系。梁启超在《变法通义》中使用过“宪法”，主持湖南《时务报》和时务学堂期间曾有意识宣扬“宪法”，稍后的《各国宪法异同论》和《立宪法议》更是可以称为中国宪法学的“开山之作”。之所以将引入“宪法”的历史功绩归属康梁，不仅是因为他们凭借“公车上书”后的巨大社会影响力将“宪法”拓展为常用语，还在于他们所阐释的宪法概念揭示了此后中国宪法学的基本理论范式。

1911年《戊戌奏稿》辑录的《请定立宪开国会折》、《请君民合治满汉不分折》、《谢赏编书银两乞预定开国会期并选才议政许民上书折》通常被作为研究康有为立宪思想的主要材料，20世纪70年代，台湾学者黄彰健就依据史实指责康有为“作伪”，80年代初在故宫博物院发现的《杰士上书汇录》也佐证了这种观点，为此茅海建指责康有为“一连三篇精心炮制的另作，大谈开国会立宪法，以至于后人多有误解，将戊戌变法定性为资产阶级君主立宪制的改良主义运动。”<sup>[17]698</sup>问题是戊戌维新期间康有为确实提出了“立宪法”的主张。《上清帝第五书》提出“采择万国律例，定宪法公私之分”；在《日本变政考》中，康有为认为“变政全在定典章宪法，参采中外而斟酌其宜，草定章程，然后推行天下。”<sup>[18]223</sup>而《上清帝第六书》更是明确提出“开制度局立宪法”，<sup>②</sup>萧公权就认为康有为在戊戌变法期间最紧要的改革建议就是“君主立宪”，<sup>[19]136</sup>晚年康有为也颇为自傲地说“夫中国以国家为共有而言立宪也，实创于仆戊戌所请。”<sup>[20]190</sup>综合而言，“宪法”一词确系维新时期主要经由康有为之手从日本引入。

#### 四、Constitution 与宪法——被搅乱的“婚礼”

然而，仔细分析康有为在《日本变政考》、《上清帝第六书》、《波兰分灭记》中所使用的“宪法”一词，就可以发现它跟《请定宪法开国会折》等“三折”所使用的“宪法”概念很不一样。首先，“宪法”在《日本变政考》中似乎并没有一个确切地界定，不时出现的“议长会议宪法”、“议院宪法”、“地方会议宪法”等令人搞不清楚“宪法”的具体指向，而“三折”中“宪法”则与孔子

①王韬在《重订法国志略》（卷一）“凡例”中说：予撰《法国志略》取资于日本冈千仞之《法兰西志》、冈本监辅之《万国史记》，而益以《西国近事汇编》。

②参见汤志钧编：《康有为政论集》（上册），中华书局1981年版，第213页。该书是据1911年出版的《戊戌奏稿》录入，与原件存有差异。据20世纪80年代初在故宫博物院所藏光绪二十四年内府抄本《杰士上书汇录》则为：“考日本维新之始，凡有三事：……三曰设招待所，许天下人上书，日主以时见之，称旨则隶入制度局。没有“定宪法”、“草定宪法”字样。但是康文曾载《知新报》第七十八册（1899年1月22日），梁启超《戊戌政变记》、《皇朝蓄艾文编》（卷五）、《光绪政要》（卷24）、《光绪朝东华录》（卷142）、《光绪大事汇鉴》都录有全文，确有“开制度局定宪法”等语，可见康派诸人上交给光绪与对外公开的内容可能有所出入。

联系在一起成为限制君权的根本大法，即“春秋改制，即立宪法”、“立定宪法，同受治焉”、“立宪法以同受其治”，<sup>[18]424,425</sup>1902年的《大同书》明言“自孔子创平等之义，……作《春秋》立宪法以限君权”。<sup>[18]40</sup>其次，如果仅从“变政全在定典章宪法”、“宪法既定，然后治具毕张，与万国通流合化矣”，以及“开制度局立宪法”，这些核心主张的上下文来看，将“宪法”解读为政革纲领可能比“根本大法”更为准确，“定宪法”之后是要“采德法之兵制，师英国之商务，……集罗马英法之律法……”，<sup>[18]103</sup>丝毫没有体现出规范君民权限的意思，反而是此后推行改革的纲领。由此观之，可以得出以下两点结论：

第一，至少在戊戌政变前康有为对日本的“宪法”概念没有清晰的认识。这也是可以理解的。在康之前，中国介绍日本的书籍只有《日本国志》等寥寥数种，不能为他提供任何了解日本明治宪法的材料，使他不得不依靠“粗通东文”的康同薇（可能只是托词）直接从日本寻找资源，《日本变政考》中关于“宪法”的记述，就应当是借用自日本学者原安三的《明治政史》和坪古善四郎的《明治历史》，或者是物集高见的《日本文明史略》；<sup>①</sup>而《日本书目志》，据沈国威考证，是原封不动地照搬日本出版社、书肆的图书目录，康未必见过具体书籍，更不可能阅读，<sup>②</sup>对于“宪法”难以避免望文生义，知其名而不知其实。

第二，康氏宪法观表面看主要是流亡后成型，日本只是为他提供了一种概念性启示。或者说，康有为借用日本的“宪法”一词更为清晰地传递他之前就已经自成体系的思想。因为日本明治宪法所体现的理念与康氏的思想存在根本上的背离，他不可能认同“君权神授”、“万世一系”、“君主主权”，因为在他的眼里，“君主”的存在只是基于现实政治的需要，变法所意图实现的是民主政治，这从《答人论议院书》就可以看出来，叶德辉指责他“康主民权，意在散君权”，<sup>[21]8</sup>文悌弹劾他“保中国不保大清”都不是无的放矢；康氏也不会认同权利来源于君主恩赐的观点，他主张的是“人之为人”固有自主之权。

康有为思想的核心正如萧公权的归纳，分乌托邦式理想主义的“新世界”/世界大同和“中国现代化（a modern China）”两个层面和阶段，<sup>[19]</sup>以公羊三世说联通两者，他认为人类社会应该遵循据乱世（君主专制）、升平世（君主立宪）、太平世（民主共和/世界大同）逐步进化的客观规律，他推崇自由平等，始终不渝地追求中国政治的民主化，而他的民主理论和大同理想，正如上文所述，“最主要的基石，是个人的自由、平等、独立，是个人的权利、个性的解放”。<sup>[22]137</sup>同时他也没有放弃传统，而是选择性地汲取了西学成分重塑儒家理论体系。他的宪法观就鲜明地体现出这种特色。他认为《春秋》是孔子为天下万世所立之宪法，其中的“大义”是为“据乱世”即君主专制而设，孔门内部口传的“微言”即平等民权是为升平世、太平世准备的宪法精义。<sup>③</sup>从理论进入到现实政治时，他认为中国急需从据乱世进化到升平世，实行君主立宪，但从他游历欧美时的一系列言论来看，很难认为他所说的宪法应以权利保障为宗旨，如他在《德国游记》中通过自身在美、德的体验得出了与孙中山相同的结论，“夫中国民但无选举权耳，若论自由，则自由之年代，自由之程度，已至先而至极矣。后此既立宪法，……恐日求自由而渐不自由之法日增而月至矣”，<sup>[18]438</sup>似乎更倾向于强调宪法对政治体制的规范效力。但另一方面，康氏显然是将“孔子之道”视为国家的根基，《官制议》亦是保障公民的生存、发展、财产、权利出发设计政治制度，在《英国游记》中他称赞英国的“民权立宪”，他总结德国二元君主制是“以宪法之民权为体，而以英绝之君权为用，或亦国竞时一最新式之

①参见郑海麟：《黄遵宪与近代中国》，三联书店1988年版，第269-275页；朱忆天：《康有为的改革思想与明治日本》，上海人民出版社2011年版，第43-50页。

②具体参见沈国威：《康有为及其〈日本书目志〉》，《或问》2003年第5期，第51-68页。

③康有为曾经列举“立子以贵不以长，立嫡以长不以贤”等为例证明《春秋》是具有实际法律效力的宪法，可见他所说的“宪法”绝不是可任意伸缩的“礼”，而是具有强制规范效力的法律。以上所引出自《文钞》刊布《春秋笔削大义微言考》题词，《康有为全集》没有收录。转引自萧公权：《中国政治思想史》，新星出版社2010年版，第455-456页。



政体耶”，<sup>[18]336</sup>更倾向于英国的自由主义宪法。梁启超就准确概括了康有为的这种思想，“改制之义立，则以为春秋者，绌君威而伸人权，夷贵族而尚平等，去内竞而归统一，革习惯而遵法治……”。<sup>[23]254</sup>康氏对民主政制根本价值取向的肯认和宪法规范效力的侧重隐约显示出英美自由主义和德国实证主义宪法观相互冲突的影子，不得不承认日本明治宪法观给他留下了阴影。

最为显著受到日本明治宪法观影响的是梁启超，他的《各国宪法异同论》（1899年）、《立宪法议》（1901年）表面上是介绍 constitution，其实主要体现日本经验，“万世不易之宪典”源出“万世一系”，考察外国经验、预备立宪、臣民权利义务无不取法日本，对“君主主权”的隐性确认，将“民权”定位于保护宪法不致败坏，相对于他在戊戌维新期间将“人人自主之权”作为一种既有传统依据又有独立价值的主张无疑是一种倒退。实际上，20世纪初期 constitution 与宪法的联系并不紧密，1900年郑观应修订《盛世危言》时，除在“自强论”篇使用根本法意义上的“宪法”外，还在“律法”篇中写到“且日本东瀛一小国耳，采用西律宪法，西人亦归审理”，<sup>①</sup>此处所称“宪法”从通篇来看毫无疑问是指“刑法”，可见此时“宪法”的根本法意味尚未在内地汉语体系中普及。甚至到1902年美国传教士李佳白在《万国公报》连载《列国政治异同考》时，仍然偏向于用“章程”对译“constitution”，附带性地说明“近有人称此章程谓之宪法者。”<sup>[24]17</sup>正是在迷茫徘徊时期，日本明治宪法观强势介入，那个时期的宪法学书目，除章宗元的《美国宪法》、范瑾译《美国治法要略》、汤寿潜《宪法古义》等寥寥数种外，无不出自日本。伊藤博文的《日本帝国宪法义解》多次重版；周奎所著《万国宪法志》（1902年）和《宪法精理》（1903年）深受日本宪法学影响，避而不涉价值取向只谈政治制度设置，而正是这三本书构成了当时本土士人群体吸取“宪法”知识的主要来源。<sup>②</sup>在 Constitution 向本土“根本法”转化的关键时刻，明治宪法观的闯入打乱了价值融通的自然进程，使中国人的宪法观越来越趋向于实用主义。

康有为以重塑后的孔孟之道为根基、又吸收西方民主政制的本土宪法观实在是“任重道远”，不仅需要理论上压倒拥有绝对优势的正统儒学，冲击根深蒂固的纲常名教，重新梳理自春秋以来的思想“道统”，而且需要打破以家庭、宗族为核心的整个社会组织结构。因此，他被保守派视为“以夷变夏”的“异端”，被更为急迫寻求“救国之道”的梁启超等抛弃也就成为必然。其后占据主流的则是由梁启超、杨度等借助日本经验开端的实用主义宪法观。日本改篡以个人为本位的 constitution，将“万世一系”的“天皇”传承和神道教填充入宪法，构筑出“国家一天皇”一体可以同时容纳西方宪政的政治结构。1900年集体“趋向新学”、奉日本为典范的晚清士人剥离明治宪法中的神权色彩，摒弃根本性的价值选择，凭空虚置出“根本大法”，以国家制度设计的方式规范政治运作和保障“民权”，并且逐步发展为“宪法就是把一国的政权分作几部份，每部份都是各自独立，各司其职的。”<sup>[25]360</sup>简而言之，就是剔除 constitution 的“魂”，使宪法从政治制度的“地基”降格为“设计图纸”。实用主义宪法观不仅抽空了宪法权威的社会根基，使宪法失去了它最为有力的捍卫者——人，每一个人，同时，为树立宪法权威，后世不得不用政治意识形态填补宪法的正当性（五权宪法），它也为今后的“人道悲剧”埋下伏笔。因为，“人”是不可再分的，摒弃了“人”的独立价值后，可以根据不同标准将“民”划分为一个个群体。立宪派和满清政府就是以知识、财富为标准否定了大多数人的政治权利；我们也可以从孙中山、李大钊、瞿秋白的著作当中清晰地看到正当权利主体从上层精英滑落为普罗大众。而当“人民”取代“全体国民”成为主权的享有者时，那些被划分为“人民公敌”、“阶级敌人”的群体就不仅被踢出了“民”的范畴，同时也被踢出了“人”的范畴。

①参见郑观应：《盛世危言增订新编》（1-2），台湾学生书局1976年版，第76页；另可参见夏东元编：《郑观应集》（上册），上海人民出版社1984年版，第502页，注释中亦已阐明。

②《申报》主笔雷缙编有《中外策问大观》（学术卷二，1903年），收录的几个答卷范本基本能够真实反映当时士人群体认识宪法的知识来源情况，从这几个范本来看，主要就是《日本帝国宪法义解》、《万国宪法志》和《宪法精理》。



## 五、结 论

康有为的宪法观与西方 constitutionalism 相同之处在于，两者都以单个的“人”为原点建构社会组织的图谱；而不同之处则是，当西方思想家将“人之为人”所享有的自然权利追溯到基督教神学的理论体系时，康有为则只能溯之于由他所阐释的“孔子之道”，正是这一点使其努力付之流水。沿循康有为开辟的道路，依附现存的政治、意识形态权威推进制度民主化的同时，引导个人价值的树立和普及，不能说没有实现民主宪政的可能。国民党屡屡受挫后得出的“军政、训政、宪政”理论与康有为早就提出的渐进主张，除不及其深远外，不存在本质性区别，只不过说明在掀掉“皇帝”和“孔子”这两个存在数千年之久的政治、意识形态权威后，仍然需要致力于重铸起被普遍认可的权威。

如果说在1900年之前，重释儒家经义，打造跟民主制度契合的价值体系，推动体制、意识形态同步转型的谨慎方略尚具有一定的生存空间，庚子之乱则摧毁了这种希望。同时也催生了另一种更加日式，或许也可以称为更加急迫的想象：通过制定一部“上下共守的根本大法”，将社会各阶层的利益诉求规范为法律范畴内的权利主张，重新构筑出整体平衡的政治秩序。以张之洞、梁启超、张謇、谭延闿等为代表的士绅阶层就是如此，他们放弃了重塑意识形态的努力，<sup>①</sup>意图以宪法为实证载体、以“君权”为纽带，链接、整合传统儒家伦理秩序和民主制度。他们之所以反复强调“宪法古已有之”，固然有通过“托古改制”减少立宪阻力的策略性考量，更深层次的奢望是将议院、选举等民主制度在不危及纲常伦理前提下实现制度性“嫁接”。此种尝试，在袁世凯称帝、张勋复辟、军绅政权中就已显示出未经筛选的传统文化对民主政体的巨大危害。

对于满清权贵而言，立宪只是一种政治策略。“君为臣纲”这种固有的意识形态话语局部坍塌之后——这从八国联军入侵期间中央政府号召“勤王”，张之洞等不仅按兵不动反而宣布“东南互保”就可看出，“张君权，明忠孝”以弥合社会分裂的传统策略已经产生不了任何实效，权贵阶层不得不模仿日本试图将其政治特权装扮上“君权”、“纲常”的幌子填入“宪法”以长久地维系下去。清末民初多次立宪尝试的失败，主要症结之一就在于各阶层所试图添加到宪法中的利益诉求具有内在的不可调和性。满族权贵阶层以“君权”、“纲常”作为表征对自身政治地位的维护，与立宪派以“参政权”为核心的民权主张尚具有共生的可能；那么，“君主无责任论”、“国民立宪论”将参政权上升为决策权时士绅阶层与满清王朝就彻底失去了合作的政治基础。

总体来看，“根本法”的出现是时代的需要，人们应当直面近代中国从大一统的“天下”秩序向民族国家转型时期最为紧迫的命题——政治秩序的制度构建。来自日本的宪法一词适逢其会。它对康有为来说，只是一种概念性启示，他借助这个词更为清晰地传达他在此之前就形成的孔子改制“为三世立法”的思想。但是对于其他的维新派、立宪派来说，则是一种观念补充，弥补了他们政治理论中“根本法”缺失的短板；对于统治阶层来说，却是一种政治策略的启迪，这个源头使中国人之后的宪法观越来越倾向于偏重制度建构的实用主义。无论出于什么样的动机，他们都汇集到“宪法”大旗下，“立宪法”成为举国上下共同的呼声，不过已经分裂的社会却不是宪法一己之力所能承受，“宪法救国”注定只能是“黄粱一梦”。

## 参考文献：

<sup>①</sup>康有为之后，尽管仍然有章太炎、刘师培、严复、汤寿潜等致力于重塑意识形态，却与康有为一样被更为急切的制度建构和革命意识所淹没。张之洞反对民权，赞同立宪，并主张“立宪实行，越速越妙，预备二字，实在误国”。参见孔祥吉：《张之洞与清末立宪别论》，《历史研究》1993年第1期。

- [1] 爱汉者. 东西洋考每月统记传 [M]. 北京: 中华书局, 1997.
- [2] [美] 裨治文. 美理哥合省国志略 [G] // 刘路生, 点校. 近代史资料. 北京: 中国社会科学出版社, 1997.
- [3] [美] 林乐知. 译民主国与各国章程及公议堂解 [G] // 李天纲, 编校. 万国公报文选. 上海: 中西书局, 2012.
- [4] 张荫桓. 三洲日记 [G] // 续修四库全书 (史部传记类). 上海: 上海古籍出版社, 2002.
- [5] 张施娟. 裨治文与早期中美文化交流 [M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2010.
- [6] 孙宝瑄. 忘山庐日记 [G] // 续修四库全书 (史部传记类). 上海: 上海古籍出版社, 2002.
- [7] [英] 傅兰雅. 佐治刍言 [M]. 上海: 上海书店出版社, 2002.
- [8] 梁启超. 论中国积弱由于防弊 [N]. 时务报, 1896-07-14.
- [9] 俞荣根. 民权: 从民本到民主的接转——兼论儒家法文化的现代化 [J]. 学习与探索, 1999, (1).
- [10] 张立文. 中国近代新学的展开 [M]. 台北: 台北东大图书公司, 1991.
- [11] 钱穆. 中国近三百年学术史: 下册 [M]. 北京: 中华书局, 1996.
- [12] 张灏. 幽暗意识与民主传统 [M]. 北京: 新星出版社, 2006.
- [13] 汪康年. 自强策 [N]. 时务报, 1896-07-14.
- [14] 金观涛, 刘青峰. 观念史研究——中国现代重要政治术语的形成 [M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [15] 胡适. 中国的文化复兴 [M]. 北京: 外语教学与研究出版社, 2001.
- [16] [美] 柯文. 在传统与现代性之间——王韬与晚清革命 [M]. 雷颐, 罗检秋, 译. 南京: 江苏人民出版社, 1998.
- [17] 茅海建. 从甲午到戊戌——康有为《我史》鉴注 [M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2009.
- [18] 姜义华, 张荣华, 编. 康有为全集: 第四集 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [19] 萧公权. 康有为思想研究 [M]. 汪荣祖, 译. 北京: 新星出版社, 2005.
- [20] 康同壁. 南海康先生年谱续编 [G] // 康南海自编年谱 (外二种). 北京: 中华书局, 1992.
- [21] 叶德辉. 觉迷要录 [O]. 2005.
- [22] 李泽厚. 中国近代思想史论 [C]. 北京: 人民出版社, 1979.
- [23] 梁启超. 南海康先生传 [G] // 康南海自编年谱 (外二种). 北京: 中华书局, 1992.
- [24] [美] 李佳白. 列国政治异同考 [M]. 上海: 上海商务印书馆, 1906.
- [25] 孙中山. 五权宪法 [G] // 孙中山全集: 上册. 南京: 三民书局, 1927.

[责任编辑: 侯学宾]